

Leasing, con l'Ati tra banca e costruttore al riparo dai rischi su solidarietà e risarcimenti

In questo articolo analizziamo il concreto atteggiarsi dei rapporti tra soggetto finanziatore ed esecutore nel leasing in costruendo: più garanzie dalla formula dell'Ati, difficile utilizzare il nuovo strumento dell'avvalimento.

DI CESARE LORIA

Il codice dei contratti pubblici, all'articolo 160-*bis*, stabilisce che, per la realizzazione di opere pubbliche, i committenti possono avvalersi del contratto di locazione finanziaria, senza peraltro fornire indicazioni specifiche in ordine al contenuto civilistico del rapporto obbligatorio.

Ricordando i profili della figura generale del leasing, si può ritenere che il leasing in costruendo consista in un rapporto nel quale convergono le volontà di tre soggetti e cioè l'amministrazione committente, l'impresa appaltatrice e la società di leasing.

Più in particolare, l'impresa assume l'obbligo di eseguire i lavori, la società di leasing l'obbligo di corrisponderle il corrispettivo e il committente l'obbligo di ristorare la società di leasing attraverso la corresponsione alla stessa, successivamente al collaudo, di canoni periodici per l'utilizzazione dell'opera e con opzione finale di riscatto di questa.

È da chiarire subito che i canoni vengono di fatto a costituire, non tanto un corrispettivo per la locazione del bene, quanto, piuttosto,

la restituzione di un finanziamento, dovendo essi coprire non soltanto il prezzo corrisposto all'appaltatore dalla società di leasing ma anche l'interesse sul capitale investito nonché l'utile e le spese spettati alla società medesima per il servizio reso. Su questi presupposti è del tutto evidente che il leasing in costruendo realizza sostanzialmente una funzione di finanziamento dell'opera.

Quanto alla causa giuridica, e cioè la funzione economico-sociale del leasing in costruendo, questa viene identificata nella realizzazione di un'opera pubblica mediante finanziamento anticipato da parte di un soggetto terzo. Più precisamente il primo comma dell'articolo 160-*bis*, come integrato dal terzo decreto correttivo del codice (Dlgs 152/2008), afferma espressamente che il leasing ha natura giuridica di appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto.

La definizione legislativa del contratto di leasing come appalto pubblico sgombra perciò definitivamente

il campo da qualsiasi equivoco circa l'identificazione della sua natura e della sua causa giuridica: la finalità sostanziale perseguita è la realizzazione di un'opera pubblica, seppure attraverso un finanziamento privato da parte di un soggetto che assume il relativo obbligo, sia verso l'appaltatore, sia verso il committente, sin dalla fase contrattuale.

Non si comprende perciò il senso della seconda parte del primo comma dell'articolo 160-*bis* laddove, rispetto alla nozione ordinaria del leasing in costruendo come appalto pubblico, prevede l'eccezione («salvo che questi ultimi abbiano carattere meramente accessorio...»), costituita dall'ipotesi in cui i lavori abbiano carattere accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto. In base a questa disposizione il leasing non sarebbe da considerare «appalto pubblico di lavori» ma (riteniamo) appalto di servizi, nei casi in cui la realizzazione dell'opera sia accessoria e cioè secondaria nel contesto dell'oggetto contrattuale. Senonché, in concreto, non appare realisticamente ipotizzabile un ca-



so in cui l'esecuzione dell'opera pubblica abbia carattere accessorio, rispetto al finanziamento necessario a realizzarla. Quest'ultimo, in altri termini, sia sul piano giuridico sia su quello economico, ha, per definizione, sempre carattere strumentale rispetto alla finalità sostanziale perseguita, consistente appunto nell'opera pubblica.

La seconda parte della definizione contenuta al primo comma dell'articolo 160-bis risulta pertanto del tutto fuorviante.

Il leasing in costruendo va considerato sempre e comunque come appalto pubblico di lavori, con la conseguenza dell'applicabilità della relativa disciplina e con le ulteriori conseguenze di cui si dirà di seguito circa i soggetti abilitati a concorrere alla gara.

Circa l'interesse che sta alla base della posizione dei tre soggetti che concorrono all'operazione, è evidente che quello dell'amministrazione consiste nella possibilità di eseguire l'opera pubblica pur senza disporre della necessaria copertura finanziaria; l'interesse della società di leasing risiede nel fatto che tramite l'operazione finanziaria le rate coprono sia il prezzo corrisposto all'appaltatore, sia il corrispettivo spettante alla società stessa per il servizio reso; infine, l'interesse dell'impresa appaltatrice risiede nell'esecuzione dell'opera a fronte del corrispettivo ed è perciò quello tipico di qualsiasi appaltatore. A ciò si aggiunge un interesse indiretto dell'amministrazione che con il leasing realizza una garanzia ulteriore, considerato che la società di leasing avrà interesse ad associarsi con un esecutore pienamente affidabile pena il fallimento dell'intera operazione. In altri termini, si ottiene una forma di selezione aggiuntiva rimessa alle valutazioni del soggetto finanziario, circa le capacità imprenditoriali, patrimoniali ed economiche del soggetto esecutore.

Il riscatto

Occorre ora chiarire alcuni aspetti del tutto particolari inerenti al leasing in costruendo rispetto alla figura del leasing di carattere generale. Quest'ultimo infatti è caratterizzato dalla facoltà di riscattare o meno il bene, facoltà che l'interessato può esercitare secondo sue libere valutazioni. Invece in materia di realizzazione di un'opera pubblica, in linea di principio, il riscatto dovrebbe costituire atto dovuto, essendo difficilmente ipotizzabile che un'amministrazione possa legittimamente decidere di lasciare in proprietà al privato un'opera mirata a realizzare interessi della collettività. Sotto tale profilo perciò il leasing in costruendo presenta un parziale carat-

La differenza con il project financing è che l'opera può essere gestita dal primo momento dall'amministrazione

tere di atipicità rispetto alla figura del leasing di carattere generale. Solo per alcune particolari tipologie di opere, la cui finalità pubblica sia meno accentuata rispetto a quella economica (un parcheggio, un centro sportivo), è forse ipotizzabile una facoltà di riscatto in senso tipico, seppure, anche in tal caso, la facoltà appare sul piano pragmatico poco realistica, considerato che alla base del mancato riscatto dovrebbero esservi ragioni sopravvenute di rilievo tale da indurre l'amministrazione a non esercitare il diritto di diventare proprietaria dell'immobile con il pagamento del riscatto finale.

Relativamente alle garanzie per la società di leasing che, come si è visto, corrisponde all'appalta-

tore l'intero corrispettivo dell'appalto, queste dovrebbero consistere in un diritto reale (diritto di superficie) sull'opera eseguita, diritto reale che verrebbe meno per effetto della restituzione da parte dell'amministrazione di tutti i canoni dovuti e del riscatto finale. Senonché anche tale aspetto determina perplessità, visto che ipotizzare la costituzione di un diritto reale da parte di un privato su un bene pubblico è questione di non poco rilievo (si pensi, per esempio, a un diritto reale su un ospedale e ai problemi della sua eventuale azionabilità nel caso di mancato pagamento dei canoni). Si può perciò ipotizzare che la garanzia per la società di leasing possa ragionevolmente consistere in una fidejussione che l'amministrazione rilascia alla stessa a garanzia dell'obbligazione che essa assume in ordine alla restituzione dei canoni.

Il rapporto con il Pf

L'utilità del leasing nel contesto della situazione economica generale risulta evidente, in quanto l'istituto consente di realizzare opere pur in assenza della disponibilità finanziaria necessaria. E consente nell'immediato di rispettare i parametri comunitari del rapporto deficit-Pil ovvero i patti di stabilità interni. Peraltro, è di tutta evidenza che la questione non è così semplice, visto che l'amministrazione assume un'obbligazione pecuniaria considerevole per un elevato numero di anni che necessariamente dovrà soddisfare, sicché non potrà non tenere conto delle limitazioni finanziarie che subirà nei successivi bilanci. Questa considerazione impone di spostare l'attenzione sulla distinzione tra opere non suscettibili di produrre reddito una volta realizzate e le opere suscettibili di produrlo.

Per le prime innegabilmente rilevano i limiti prima evidenziati circa l'esigenza di una valutazione attenta dell'amministrazione in ordine alla possibilità di accollarsi



un consistente debito futuro per un rilevante numero di anni. Si tratta, in buona sostanza, di valutazioni economico-amministrative analoghe a quelle che il committente generalmente fa allorché, per la realizzazione di un'opera, ricorre al mutuo ovvero al mercato finanziario con l'emissione di obbligazioni.

Relativamente alle opere della seconda tipologia (cosiddette opere calde), e cioè quelle che, una volta realizzate, producono reddito, vanno fatte considerazioni particolari: infatti in tal caso, vero è che il corrispettivo dell'appalto viene corrisposto all'esecutore dalla società di leasing, ma altrettanto vero è che i canoni vengono poi a essa rimborsati da parte dell'amministrazione utilizzando i proventi derivanti dallo sfruttamento economico dell'opera. Ciò determina che in queste ipotesi, attraverso una gestione oculata, l'amministrazione di fatto non si espone al successivo esborso economico ovvero si espone a un esborso economico soltanto parziale e limitato.

Quanto alle opere suscettibili di produrre reddito viene perciò in rilievo l'interrogativo se da parte dell'amministrazione sia preferibile adottare la figura del leasing ovvero quella del project financing. Quest'ultima è caratterizzata dal fatto che l'appaltatore non riceve alcun corrispettivo (o lo riceve solo parzialmente) e viene remunerato con l'attribuzione del diritto di gestire l'opera per un certo numero di anni facendo propri i proventi della gestione. Dunque, mentre nel project financing la gestione dell'opera compete necessariamente al soggetto esecutore, nel leasing l'amministrazione può decidere di gestire essa stessa direttamente, destinando i proventi della gestione stessa alla copertura totale o parziale dei canoni.

La scelta tra l'uno e l'altro strumento non può che risultare fondata sulle valutazioni discrezionali che l'amministrazione effet-

tua circa le modalità più idonee a realizzare gli interessi perseguiti. Nei casi in cui l'amministrazione, in funzione delle spiccate finalità pubblicistiche che l'opera tende a realizzare, abbia interesse a gestirla direttamente (perché in tal modo ritiene di avere maggiori garanzie circa la tutela degli interessi collettivi), risulterà più idonea la figura del leasing che, come visto, può comportare la gestione diretta da parte del committente. Nei casi invece in cui l'amministrazione non abbia alcun interesse a gestire direttamente l'opera (perché per esempio poco caratterizzata da primari interessi pubblicistici), potrà risultare preferibile la figura del project che, tra l'altro, responsabilizza in modo primario l'operatore

Finanziatore e impresa solidali ciascuno in rapporto alla specifica obbligazione assunta nel contratto

economico, visto che la realizzazione dei suoi proventi dipenderà da una rapida e corretta esecuzione dell'opera stessa.

I candidati

Il terzo comma dell'articolo 160-bis afferma che l'offerente «può essere anche una associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore». Sul piano letterale la disposizione potrebbe essere intesa nel senso che alla gara possa partecipare anche soltanto una società di leasing che poi affiderà l'esecuzione dei lavori a una impresa costruttrice in possesso dei requisiti richiesti. Questa conclusione appare però da respingere decisamente. Innanzitutto perché

il leasing viene definito, come si è visto, appalto pubblico di lavori, sicché risulta del tutto incoerente ammettere legislativamente a un appalto di lavori pubblici un soggetto, quale è la società di leasing, che svolge attività del tutto eterogenea. In secondo luogo, perché lo stesso terzo comma stabilisce che nel caso di associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, qualora uno dei due fallisca o sia inadempiente, l'altro può sostituirlo con altro soggetto avente analoghi requisiti.

Sul piano sistematico l'intero terzo comma disciplina dunque in modo unitario l'ipotesi dell'associazione temporanea, per cui risulta difficile ipotizzare la partecipazione della sola società di leasing. Su tale presupposto l'adozione nel contesto della disposizione del verbo «può» va intesa nel senso che in luogo dell'associazione temporanea, così come disciplinata dal codice, l'offerente potrebbe essere un consorzio ovvero che i due soggetti possano dare luogo a una forma associativa atipica. Sotto quest'ultimo aspetto si noti che la stessa associazione temporanea designata dal terzo comma dell'articolo 160-bis ha caratteristiche del tutto atipiche rispetto alla disciplina delle associazioni temporanee di imprese contenuta nel codice. Secondo questo nelle associazioni di tipo orizzontale tutte le imprese sono solidalmente responsabili, mentre in quelle di tipo verticale la solidarietà è limitata alla mandataria.

Nel caso nel leasing, è invece chiaramente specificato che il soggetto finanziatore e il soggetto realizzatore sono responsabili ciascuno in rapporto alla specifica obbligazione assunta. Non vi è perciò alcuna forma di solidarietà. Ciò risulta del tutto condivisibile e coerente, considerato che, secondo i comuni canoni civilistici, solidarietà è principalmente solidarietà dell'adempimento della prestazione



principale e, secondariamente, solidarietà sul piano risarcitorio qualora l'adempimento non abbia comunque luogo. Su questo presupposto non avrebbe avuto alcun senso logico la previsione della solidarietà tra due soggetti che svolgono attività totalmente eterogenee e non sarebbero in nessun modo in grado di adempiere all'obbligazione facente capo all'altro.

In conclusione, una corretta lettura del terzo comma dell'articolo 160-bis conduce a ritenere che alla gara di leasing possano partecipare soltanto Ati o altre forme associative equivalenti (es. consorzio) tra finanziatore e costruttore, disciplinate, quanto alla forma e alle modalità di partecipazione (mandato, rappresentanza ecc.), dalla regolamentazione generale del codice e, quanto alla solidarietà, dalla regolamentazione specifica derogatoria di cui allo stesso articolo 160-bis.

L'avvalimento

Va però rilevato che il terzo decreto correttivo al codice ha introdotto il comma 4-bis, secondo cui il soggetto finanziatore «deve dimostrare alla stazione appaltante che dispone, se del caso avvalendosi della capacità di altri soggetti, dei mezzi necessari a eseguire l'appalto». La disposizione, perciò, accanto alla figura dell'associazione temporanea di cui si è detto, sembra prevedere la possibilità che la società di leasing possa partecipare alla gara da sola con l'obbligo di dare prova che si avvarrà di un soggetto esecutore in possesso dei requisiti necessari (avvalimento).

Occorre chiarire quale portata abbia l'avvalimento di cui parla il comma 4-bis. Si potrebbe ritenere che la norma faccia riferimento alla forma tipica di avvalimento prevista dall'articolo 49 del codice, ovvero che il termine «avvalendosi» venga usato in senso atipico e atecnico, nel senso cioè che la società di leasing debba indicare

LE IPOTESI A BASE DI GARA

1. Progetto preliminare o definitivo

2. Progetto esecutivo

3. Progetto con varianti migliorative

un'impresa costruttrice che assume l'obbligo di eseguire i lavori verso di essa e verso la stazione appaltante indipendentemente dalla disciplina dell'articolo 49. Quest'ultima soluzione appare preferibile per una motivazione di ordine logico-sistematico. Infatti, la figura dell'avvalimento è caratterizzata dal fatto che il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili solidalmente nei confronti della stazione appaltante ai sensi dell'articolo 49, comma 4.

Ove si ritenesse applicabile questa norma alla forma di avvalimento prevista dall'articolo 160-bis, comma 4-bis, dovrebbe necessariamente pervenirsi alla conclusione che soggetto avvalente finanziatore e soggetto avvalso esecutore siano solidalmente responsabili. Ciò però determinerebbe un doppio ordine di incongruenze. In primo luogo, si determinerebbe la solidarietà tra due soggetti non in grado di assicurare l'intera prestazione contrattuale. In secondo luogo, si determinerebbe la singolare conseguenza che, mentre nel caso in cui partecipi una associazione temporanea la solidarietà è esclusa ai sensi del comma 3, nel caso in cui partecipi una società di leasing con l'avvalimento la solidarietà sussisterebbe per effetto della disposizione dell'articolo 49. L'incongruenza sul piano logico e operativo di questa conclusione è di tutta evidenza, per cui risulta preferibile la tesi secondo cui l'avvalimento di cui parla il comma 4-bis è un avvalimento atipico e non determina perciò l'applicabilità dell'articolo 49. Tanto più che secondo la legislazione bancaria la società di leasing può assumere esclusivamente obbliga-

zioni finanziarie e di conseguenza l'applicazione dell'articolo 49, con la conseguente responsabilità solidale, risulta giuridicamente esclusa.

Fatti questi chiarimenti sul piano giuridico, occorre chiedersi quale utilità abbia l'avvalimento nella fattispecie in questione rispetto alla partecipazione in associazione temporanea, considerato che in entrambe le ipotesi ciascuno dei due soggetti si obbliga ad assicurare la specifica prestazione di rispettiva competenza (il finanziamento e l'esecuzione) di cui è responsabile. In realtà, sul piano pragmatico, non sembra si possano rinvenire argomenti tali da mettere in risalto una particolare utilità della figura in discussione per cui è prevedibile che la forma più utilizzata sarà quella della associazione temporanea anche in ragione del fatto che essa meglio risponde alla causa tipica del contratto, in quanto fa emergere in prima persona chi la realizza e cioè, il costruttore che esegue l'opera.

D'altra parte, tornando al piano strettamente giuridico, sembra potersi ipotizzare contrasto tra il comma 4-bis, laddove consente la partecipazione della sola società di leasing seppure con avvalimento del costruttore, e la normativa comunitaria. In primo luogo questa stabilisce uno stretto rapporto tra la natura del contratto e la soggettività del partecipante alla gara. Ora, abbiamo visto che il leasing viene correttamente definito dallo stesso legislatore (articolo 160-bis, comma 1°) come appalto pubblico di lavori, per cui risulta del tutto incoerente con questa impostazione la possibilità di partecipazione in prima persona della sola società di leasing. In secondo luogo, viene di fatto ad attuarsi una potenziale indiretta lesione della concorrenza, visto che il ruolo primario viene attribuito alla società di leasing, sia nella partecipazione alla gara, sia nella scelta del soggetto da indicare come ese-



cutore. Sotto questo aspetto può forse delinearci la possibilità che le amministrazioni legittimamente disapplicino il comma 4-*bis* imponendo nel bando di gara che unici partecipanti ammessi siano le Ati di cui al comma 3° o forme associative equivalenti.

La gara e l'esecuzione

Il terzo decreto correttivo ha introdotto nell'articolo 160-*bis* il comma 4-*ter*, secondo cui la stazione appaltante pone a base di gara un progetto di livello almeno preliminare e l'aggiudicatario (ovviamente successivamente all'aggiudicazione e dopo la stipula del contratto) provvede alla predisposizione dei successivi livelli progettuali e all'esecuzione dell'opera.

L'amministrazione ha perciò varie possibilità in ordine alle modalità di espletamento della gara: 1) può porre a base di gara un progetto preliminare o definitivo e richiedere ai concorrenti elementi di carattere economico-finanziario (il piano economico, le tariffe, il tempo di restituzione dei canoni ecc.); in tal caso l'aggiudicatario dovrà, nel contesto dei suoi obblighi contrattuali, procedere all'elaborazione dei livelli progettuali mancanti e all'esecuzione dei lavori; 2) può porre a base di gara un progetto esecutivo e richiedere ai concorrenti i necessari elementi di carattere economico-finanziario; 3) può porre a base di gara una progettazione di qualsiasi livello e richiedere ai concorrenti, unitamente agli elementi di carattere economico-finanziario, varianti migliorative.

Il comma 4-*ter* sembra perciò escludere che l'amministrazione possa porre a base di gara un progetto preliminare o definitivo e richiedere a tutti i concorrenti la predisposizione in sede di gara, come elemento di valutazione delle offerte, dei successivi livelli progettuali (nel primo caso, il definitivo e l'esecutivo; nel secondo,

l'esecutivo) in quanto questa fa carico contrattualmente esclusivamente al soggetto risultato aggiudicatario. Si deve fare riferimento al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 83 del codice, senza possibilità di chiedere a tutti i concorrenti lo sviluppo della progettazione, e con l'unica possibilità, ove ritenuto opportuno, di richiedere in sede di gara ai concorrenti ai sensi dell'articolo 76 di presentare varianti al progetto a base di gara. Di questa scelta legislativa risulta in verità difficile comprendere il senso, considerato che in non pochi casi può risultare estremamente utile mettere a confronto in sede di gara le diverse soluzioni progettuali dei concorrenti che, così via, sono stimolati alla ricerca di scelte progettuali ottimali sia sotto il profilo tecnico che sotto quello economico.

Per quanto concerne infine la fase dell'esecuzione dei lavori la disciplina legislativa non dà alcuna indicazione. Ciò, per quanto riguarda il rapporto di appalto tra amministrazione e appaltatore sta a significare che questo risulta in tutto e per tutto disciplinato dalla normativa del codice (responsabile del procedimento, direttore dei lavori, consegna dei lavori, varianti, riserve, collaudo).

Peraltro, occorre sottolineare che, qualora per qualsivoglia motivo (es. una perizia suppletiva o l'accoglimento di riserve) il corrispettivo dell'appaltatore lievitasse, la società di leasing è tenuta a far fronte al maggiore esborso, ma corrispondentemente va adeguato l'importo dei canoni cui essa ha diritto da parte dell'amministrazione dopo il collaudo.

Naturalmente tutto ciò deve formare oggetto di accurata disciplina negoziale nel contratto sia quanto agli obblighi che la società di leasing assume sia alle modalità di calcolo di adeguamento dei canoni.

Infine, relativamente ai diritti

di credito dell'appaltatore nei confronti della società di leasing (il pagamento dei Sal e della rata di saldo), è da ritenere trovi applicazione l'istituto della delegazione cumulativa di pagamento di cui all'articolo 1268 Cc, per cui, in caso di inadempimento della società di leasing, l'appaltatore potrà rivolgersi all'amministrazione che, ovviamente, avrà a sua volta azione risarcitoria nei confronti del soggetto finanziatore inadempiente. ■